

## ASPECTOS JURÍDICOS DE LA LETALIDAD POLICIAL

### LEGAL ASPECTS OF POLICE LETHALITY

Matias Nahuel Busso  
Docente/Becario de Conicet  
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

*Fecha de recepción:* 11 de octubre de 2020.

*Fecha de aceptación:* 12 de noviembre de 2020.

#### RESUMEN

En Argentina al menos 3609 personas perdieron la vida en manos de la fuerza de seguridad entre 1996 a 2018.<sup>1</sup> Si bien existen multiplicidad de trabajos sobre la letalidad policial, la mayoría se encuentran en el campo de la sociología y la antropología, en lo que respecta a doctrina jurídica son escasos los trabajos recientes. Como contracara, el número de casos que quedan impunes es abrumador, generando un nivel importante de desprestigio y desconfianza sobre el poder judicial desoyendo la demanda de víctimas y la sociedad en su conjunto. La ineficacia de ese accionar responde muchas veces a creencias y posicionamientos de operadores judiciales como a la falta de herramientas teóricas. Por ello, el trabajo buscará contribuir en la construcción de herramientas jurídicas, a través del análisis jurisprudencial y de normativa internacional y nacional, que permitan el juzgamiento de estos casos reduciendo los índices de impunidad.

#### ABSTRACT

In Argentina, at least 3609 people lost their lives at the hands of the security force between 1996 and 2018. Although there are multiple works on police lethality, most are in the field of sociology and anthropology, in respect of a legal doctrine, recent works are scarce. On the other hand, the number of cases that go unpunished is overwhelming, generating a significant level of loss of prestige and distrust of the judiciary, ignoring the demand of victims and society as a whole. The ineffectiveness of this action often responds to beliefs and positions of judicial operators as well as to

---

<sup>1</sup> Según datos del Centro de Estudios Legales y Sociales: VVAA Muertes naturalizadas. Letalidad policial sin control y sin justicia. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales; CELS, 2018. P5

the lack of theoretical tools. Therefore, the work will seek to contribute to the construction of legal tools, through jurisprudential analysis and international and national regulations, that allow the prosecution of these cases, reducing the rates of impunity.

#### **PALABRAS CLAVE**

Letalidad Policial; Ejecuciones Extrajudiciales; Homicidio Calificado; Legítima Defensa; Responsabilidad Estatal.

#### **KEYWORDS**

Police Lethality; Extrajudicial Executions; Qualified Homicide; Legitimate Defense; State responsibility.

#### **ÍNDICE**

**1.DERECHO INTERNACIONAL: EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES, SUMARIAS O ARBITRARIAS 2. DERECHO PENAL ARGENTINO 2.1. Homicidio Calificado art. 80 inc 9 2.2.¿Puede un funcionario policial actuar en legítima defensa? 2.3 Art. 34 inc. 4 del Código Penal: Cumplimiento de un Deber o en legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo 3. SOLUCIÓN DIFERENCIADA DEL DERECHO PÚBLICO Y PENAL. 4. BIBLIOGRAFÍA.**

#### **SUMMARY**

**1. INTERNATIONAL LAW: EXTRAJUDICIAL, SUMMARY OR ARBITRARY EXECUTIONS 2. ARGENTINE CRIMINAL LAW 2.1. Qualified homicide art. 80 inc 9 2.2 Can a police officer act in legitimate defense? 2.3 Art. 34 inc. 4 of the Penal Code: Fulfillment of a Duty or in legitimate exercise of their right, authority or position 3. DIFFERENTIATED SOLUTION OF PUBLIC AND CRIMINAL. 4. BIBLIOGRAPHY.**

#### **1. DERECHO INTERNACIONAL: EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES, SUMARIAS O ARBITRARIAS**

Los casos de “Letalidad Policial” son encuadrados en el derecho internacional como ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, entendiendo por ellas a aquellas muertes generadas por agentes del Estado. Aunque existe un incuestionable reconocimiento al derecho a la vida en los principales tratados internacionales, la ejecución extrajudicial no está conceptualizada ni regulada específicamente en un

tratado o convención internacional. Sin perjuicio de ello existen una serie de normas internacionales denominadas de “soft law” referidas al tema, tales como “Los principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”, el Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas o el mandato del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias de Naciones Unidas. Ninguno de los instrumentos internacionales citados define expresamente qué se entiende por ejecuciones extrajudiciales. Humberto Henderson en su texto “La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina” dice que, a partir estudios y análisis doctrinario, podríamos afirmar preliminarmente que se reconoce como ejecución extrajudicial a la privación arbitraria de la vida por parte de agentes del Estado, o con la complicidad, tolerancia o aquiescencia de éstos, sin un proceso judicial o legal que lo disponga.

Henderson continúa diciendo que la ejecución extrajudicial es un violación que puede consumarse, en el ejercicio del poder del cargo del agente estatal, de manera aislada, con o sin motivación política, o como una acción derivada de un patrón de índole institucional. Según el autor la ejecución se deriva de una acción intencional para privar arbitrariamente de la vida de una o más personas, de parte de los agentes del Estado o bien de particulares bajo su orden, complicidad o aquiescencia. Sin embargo, tanto en doctrina como en alguna legislación, se aceptan diversos grados de intencionalidad cuando los responsables son miembros de los cuerpos de seguridad del Estado. Esto es importante porque existen casos que tienen como consecuencia final la muerte, pero donde los grados de intencionalidad pueden variar significativamente, y con ello, su consideración acerca de si se constituye o no en un caso de ejecución extrajudicial. Por ello podemos distinguir dentro de ejecuciones extrajudiciales aquellos casos en los cuales la muerte es producto de la tortura durante la detención, de los casos que se hace un uso excesivo o indiscriminado de la fuerza por parte de policías o militares al momento de efectuar detenciones, durante manifestaciones pública o casos de muertes por negligencia de los agentes, en ellas hay diferentes grados de intencionalidad. El autor establece que, en todos estos casos, donde usualmente estarían involucrados agentes de los cuerpos de seguridad del Estado se podría decir que constituyen casos ejecuciones extrajudiciales.<sup>2</sup>

Las ejecuciones extrajudiciales se distinguen de otras violaciones al derecho a la vida tales como de las denominadas ejecuciones sumarias, los casos de ejecuciones extrajudiciales múltiples conocidos como masacres, o de las más graves de las violaciones a los derechos humanos como los crímenes de guerra, los crímenes lesa humanidad o el genocidio. La ejecución sumaria es aquella privación arbitraria de la vida resultado de una sentencia de procedimiento sumario donde se limitaron, desvirtuaron u omitieron las debidas garantías procesales, tiene sentido en los países que rige la pena de muerte. Por otro lado, hablamos de una masacre, cuando se

---

<sup>2</sup> Henderson, Humberto, (2006) “La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina” ; <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r08060-7.pdf> (consultado 24/07/2019); p. 284/285.

consuman una serie de ejecuciones extrajudiciales múltiples: la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) en Guatemala, definió masacre como “la ejecución arbitraria de más de cinco personas, realizada en un mismo lugar y como parte de un mismo operativo, cuando las víctimas se encontraban en un estado de indefensión absoluta o relativa”. Finalmente, en los casos de ejecuciones inmersas en crímenes internacionales tales como los de guerra, de lesa humanidad o el genocidio, se requiere que formen parte de un plan o una política en gran escala; como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque o perpetrado con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Considerando las definiciones enumeradas: no podríamos hablar de casos de ejecuciones sumarias debido a que en Argentina no rige la pena de muerte; tampoco creemos que podría considerarse la existencia de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, pese al aval que puedan hacer algunos ministros o gobernantes sobre estas prácticas. El fenómeno de la Letalidad Policial en Argentina parece responder a una multiplicidad de factores sociales, culturales, políticos y económicos, eso lo hace más complejo y grave, si se tratara de un plan, bastaría con una decisión política o un cambio de gobierno para terminar con esta problemática. Lejos de eso entendemos que esta transformación requiere reformas profundas y sostenidas a lo largo del tiempo.

Por ende, la definición internacional que encuadra a lo que se denomina letalidad policial, es la de ejecución extrajudicial. Henderson dice que “Se podría decir que se está ante una ejecución extrajudicial, cuando un agente perteneciente a los cuerpos de seguridad del Estado, de manera individual y en ejercicio de su cargo, priva arbitrariamente de la vida de una o más personas. Aunque no hubiera una incidencia institucional previa, producido el hecho, ese agente podría intentar servirse del manto protector de relaciones estatales, a efectos de encubrir la verdad, o bien, para impedir u obstaculizar que se inicien investigaciones o acusaciones penales en su contra. Si bien este hecho puede carecer de una expresa intencionalidad política, luego de acaecido, el agente estatal se podría aprovechar de las facilidades que pudiera otorgarle el estar trabajando en un cuerpo de seguridad estatal, algo que, en principio se presenta como teóricamente inalcanzable para un particular que ha cometido un homicidio.”<sup>3</sup>

Según un informe del año 1998 del CELS y Human Rights existen ‘una serie de patrones de comportamiento policial destinados a impedir o confundir la investigación de los homicidios. Estos patrones se estructuran como versiones oficiales destinadas a proteger a los responsables, tornar imposible la presentación de pruebas a la justicia y asegurar la no comparecencia de los testigos a los tribunales. En muchos casos ha sido posible comprobar que: 1) se construye una versión falsa de los acontecimientos, a) intentando incriminar a la víctima y alegando que se trata de un hecho de legítima defensa, o b) colocando un arma en manos de la víctima muerta a posteriori del hecho; 2) se ocultan, destruyen o fabrican pruebas para desvincular a los policías; 3) se

---

<sup>3</sup> Ob. Cit. P. 287

fabrican delitos para incriminar a personas inocentes, y 4) se amenaza, amedrenta o se toman represalias contra testigos, familiares o víctimas.<sup>4</sup>

## 2. DERECHO PENAL

### 2.1. Homicidio Calificado art. 80 inc 9

El artículo 1 de “Los principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias” establece que “Los gobiernos prohibirán por ley todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y velarán por que todas esas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos.” En solo diez países de Latinoamérica la calidad especial del agente del Estado constituye un motivo para que un homicidio sea agravado en los Códigos Penales: en Argentina, artículo 80.9; Brasil, artículo 61.g; Chile, artículo 12.8; Colombia, artículo 66.11; El Salvador, artículo 129; Honduras, artículo 9; Guatemala, artículo 28; Panamá, artículo 67.6; Perú, artículo 46 y Uruguay, artículo 47.8. En Guatemala es el único donde está normativizado en el Código Penal, el delito de “Ejecución extrajudicial” como delito autónomo. En 2003 la Legislación Penal Argentina incorporó mediante la Ley 25.816 el inciso 9 que agrava la pena a prisión perpetua cuando la muerte sea cometida por un miembro de la fuerza de seguridad abusando de su función o cargo.

“Art. 80.- “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: Inc. 9. (Incorp. por ley 25.816) Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. (B.O. 9/12/03);”

Esta figura agrava el delito básico o base del homicidio, previsto en el artículo 79 del Código Penal Argentino, por la calidad que reviste el autor. Se trata de un tipo penal que exige en el sujeto activo la calidad de integrante de una fuerza de seguridad, policial o del servicio penitenciario. Es trascendental que se encuentren en actividad o en retiro activo, ya que, si fue exonerado o excluido de la institución, pierde la calidad de sujeto activo especial (delicta propia). Asimismo, se establece como clara exigencia del tipo, que el sujeto activo realice la acción típica “abusando” de su función o cargo. No se trata de causar una muerte dentro de la faz negativa de la antijuricidad o como consecuencia preterintencional o culposa, sino que debe ocasionarse un homicidio, excediendo o “abusando” de sus funciones.<sup>5</sup> Podría decirse que es abusivo un acto, desde un criterio subjetivo, cuando es ejecutado con la intención de dañar, y desde un punto de vista objetivo, cuando se lo ejercita de manera antifuncional, contra las finalidades que la ley tuvo en cuenta al reconocerlo o excede los límites impuestos. Abusa del cargo o de la función, quien aprovecha las facilidades que le otorga la condición que ostenta para cometer el homicidio. No basta

<sup>4</sup> VVAA La Inseguridad Policial, Violencia de las fuerzas de seguridad en la Argentina Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) Buenos Aires - Argentina Human Rights Watch (HRW) New York - Washington - Londres - Bruselas EUDEBA – 1998. P.56.

<sup>5</sup> Icardi, Gisela A. y Vitale, Gabriel M A (2013) “Codigo Penal Comentado, Homicidio Agravado por la condición especial del autor”, Asociación Pensamiento Penal. P 7

la sola cualidad funcional del autor (delicta propia), sino que es necesario que el homicidio se produzca abusando del cargo o función. Por consiguiente, el delito es compatible sólo con el dolo directo porque se debe tener conciencia al momento de matar que se está excediendo o abusando de sus funciones y no obstante obrar con voluntad homicida. La norma es restrictiva en tanto exige, como elemento del tipo, que el sujeto activo cometa el homicidio “abusando de su función o cargo”, lo cual importa el aprovechamiento de las atribuciones que legalmente posee para el ejercicio de las tareas que su empleo o puesto jerárquico le imponen para el resguardo de las personas y de sus bienes. De no existir tal aprovechamiento por parte del funcionario, de haber ejecutado el homicidio sin utilizar las facilidades que tales atribuciones legales le brindan, ello excluye la circunstancia agravada y lo ubica en el tipo básico.

Ahora bien, quien mata dolosamente en dicho contexto, es decir, quien lo hace mediante el uso de los medios o facultades que le provee el estado por su situación de revista, queda inmerso en el artículo 80 inciso 9° del Código Penal, siempre que no resulte amparado por una causal de justificación o exculpación. Los homicidios que encuadramos en casos de letalidad policial, por lo general ocurren con el uso de arma reglamentaria, aun cuando los funcionarios se encuentran fuera de servicio. Según estas definiciones la utilización del arma reglamentaria para dar muerte, podría constituir la conducta de abuso, ya que desvirtúa la finalidad del derecho a portar arma que le otorga el Estado.

## **2. 2. ¿Puede un funcionario policial actuar en legítima defensa?**

En Argentina la pena de muerte no es legal por ende todo tipo de ejecución es extrajudicial, entonces lo que deben analizar los funcionarios judiciales ante una muerte provocada por parte de un miembro de las fuerzas de seguridad, es si esa ejecución es arbitraria o resultado del ejercicio de un derecho. La arbitrariedad o no se extrae de disposiciones derivadas de los Códigos Penales, en su art. 34 el Código Penal Argentina que establece un conjunto de supuestos en los cuales los hechos no debieran ser punibles.

La principal discusión se da en torno a la legítima defensa ya que como muestran las estadísticas, el mayor número de casos de letalidad policial se da cuando los funcionarios están fuera de servicio y en supuestos intentos de robo contra los agentes cuando no están uniformados. Los datos del CELS muestran que desde 1996 hasta 2017 un 46% de las víctimas de la acción de las fuerzas de seguridad en CABA y Conurbano murieron a manos de funcionarios que no estaban en servicio, ese porcentaje fue de un de un 67% en 2015, 54,4% en 2016 y de 64,5% en 2017. Por otro lado, los datos brindados por el Programa de Uso racional de la Fuerza (2012-2015) dicen que el porcentaje de particulares que murieron en hechos donde los agentes estaban fuera de servicio rondó el 90% del total de víctimas fallecidas.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> VVAA Muertes naturalizadas. Letalidad policial sin control y sin justicia. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales – CELS, 2018. P.12

¿A qué se debe este fenómeno? Al denominado “estado policial” que es la condición jurídica por la cual se considera que los policías siguen siéndolo aun cuando se encuentran fuera de servicio o retirados. Existe un componente en la legislación policial que determina que el trabajo policial debe ser concebido como de tiempo completo. Los policías, a lo largo del día, pueden estar en tres diferentes “situaciones de servicio”: cuando se encuentran trabajando están en servicio; cuando están de franco, fuera de servicio; cuando viajan desde el hogar al destino o viceversa se encuentran in itinere. A esto hay que sumarle que todo policía, en actividad y en situación de retiro (jubilado) tiene “estado policial”, que sólo se pierde al fallecer o ser exonerado (desvinculado de la fuerza). Entre los derechos que derivan del estado policial, se encuentra la posibilidad de que cada efectivo circule con el arma reglamentaria y se la lleve a su casa fuera de su horario laboral. Como están habilitados a portar el arma con el cartucho en la recámara y el martillo bajó, los funcionarios pueden abrir fuego con sólo apretar la cola del disparador, esto la diferencia de los particulares que tienen habilitada la tenencia de armas.

La pregunta que surge es si ¿puede un funcionario de policía, en su carácter de órgano del Estado, ejercer el derecho de legítima defensa del Código Penal? El primer punto de discusión de este aspecto es si la fuerza empleada por funcionarios policiales debe cumplir con los requisitos de la legítima defensa, utilizar un medio necesario o racional para repeler el ataque antijurídico, o si en realidad debe utilizar proporcionalmente la fuerza a la luz de los estándares requeridos por el derecho público.<sup>7</sup> La discusión, en ese sentido, tiene una arista en el derecho penal, en cuanto al juzgamiento del agente como individuo, y una arista en el derecho público al considerarlo un funcionario público, y la responsabilidad estatal que se desprende.

En su texto sobre el tema Jose Béguelin establece que “a diferencia de la causa de justificación del estado de necesidad, la legítima defensa no requiere una relación de proporcionalidad entre el daño causado y el impedido (esto, desde luego, no niega que los casos de grosera desproporción queden excluidos de la legítima defensa)”.<sup>8</sup> Así, Zaffaroni reconoce el límite de la racionalidad, pero subraya la diferencia con las exigencias del estado de necesidad. El primero es un límite que evita “lesiones inusitadamente desproporcionadas” o una “desproporción insólita y grosera”, mientras que en el estado de necesidad se exige una “ponderación de males”.<sup>9</sup> La actuación de los órganos estatales se rige por el principio de proporcionalidad, que sólo autoriza una injerencia soberana en los derechos de los ciudadanos cuando el daño causado no sea desproporcionado respecto del daño evitado. La pregunta que se hace Béguelin es si ¿vale el derecho de legítima defensa como excepción al principio de proporcionalidad del actuar del Estado?

---

<sup>7</sup> Colmegna Pablo D y Nascimbene Juan (2016) ; La legítima defensa y el funcionario policial: ¿uso necesario o proporcional de la fuerza?. P. 401

<sup>8</sup> Béguelin, Jose R. “¿Puede un funcionario de policía ejercer el derecho de legítima defensa del Código Penal?”, en Ziffer (ed.), Jurisprudencia de casación penal, vol. 5, 2012. P. 14

<sup>9</sup> Zaffaroni, Raúl Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; Manual de Derecho Pena: Parte General; Segunda Edición, Buenos Aires; Ediar; 2006. P.526

En lo que respecta a la dogmática penal la legítima defensa está regulada en el artículo 34 del Código Penal Argentino y establece que “No son punibles: 6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.” Según la normativa la legítima defensa per se no exige el requisito de proporcionalidad sino más bien la utilización de un medio necesario o racional. Es decir, entre dos medios, se deberá optar por el menos lesivo, pero no tiene que ser un medio proporcional al ataque que está siendo repelido. Es cierto que cuando es manifiestamente desproporcionada, no se podrá alegar esta causal de justificación. No obstante, la actuación en el marco de la legítima defensa no conoce una cota de proporcionalidad entre el ataque sufrido y la reacción al mismo ni tampoco respecto del medio utilizado. Por tanto, si se permitiera que el funcionario policial pueda actuar en el marco de la legítima defensa, sólo debería guiarse por la utilización de un medio racional o necesario.<sup>10</sup>

Aun si se aceptara que en el Derecho penal interno rige el límite de la proporcionalidad de particulares, este no puede tener el mismo alcance que la actuación policial; Argentina ha incorporado a su derecho interno el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979) por medio de la Ley 24059 de seguridad Interior. Además por el decreto 637/03 se dispone que se difunda e implemente el “Código de conducta” en la Policía Federal, en la Gendarmería Nacional, en la Prefectura Naval y en el Servicio Penitenciario Federal. Estos principios fueron incorporados a su vez al Reglamento General de Armas y Tiro de la Policía Federal Argentina en una orden interna de 2012. Por su parte, la Ciudad de Buenos Aires a través de la Ley de Sistema Integral de Seguridad Pública (número 5688), en su artículo 95 establece “La regulación sobre el uso de las armas de fuego está sujeta a los Principios Básicos sobre Empleo de la Fuerza y Armas de Fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas y demás normativas internacionales y regionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia”

En los Principios de Naciones Unidas se establece que: “Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley: a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga; b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;” Mientras tanto el Código de Conducta de Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley sostiene en su art. 3: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.” Y en su comentario se establece: “b) El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de

---

<sup>10</sup> Colmegna Pablo D y Nascimbene Juan (2016) ; La legítima defensa y el funcionario policial: ¿uso necesario o proporcional de la fuerza?. P. 408

conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr”

Con respecto a la “proporcionalidad” la CIDH dijo, en el caso *Nadege Dorzema vs. República Dominicana*, que “el nivel de fuerza utilizado debe ser acorde con el nivel de resistencia ofrecida. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda. Al respecto, la Corte estima que la proporcionalidad está también relacionada con la planeación de medidas preventivas, toda vez que ésta comporta una evaluación de la razonabilidad del uso de la fuerza. Para ello, resulta útil analizar los hechos bajo estricto escrutinio a fin de determinar: a) si con la implementación de medios menos lesivos se podrían evitar las afectaciones, y b) si existió proporcionalidad entre el uso de la fuerza y el daño que estaba encaminado a repeler.”

En el caso de *Hermanos Landaeta Mejía y otros c. Venezuela*, la Corte sostuvo que “en caso de que resultare imperioso el uso de la fuerza, ésta debe realizarse en armonía con los principios de la finalidad legítima, absoluta necesidad y proporcionalidad: i. Finalidad legítima: el uso de la fuerza debe estar dirigido a lograr un objetivo legítimo ii. Absoluta necesidad: es preciso verificar si existen otros medios disponibles menos lesivos para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que se pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso. (...) iii. Proporcionalidad: el nivel de fuerza utilizado debe ser acorde con el nivel de resistencia ofrecido, lo cual implica un equilibrio entre la situación a la que se enfrenta el funcionario y su respuesta, considerando el daño potencial que podría ser ocasionado. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y, con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda.”

En ese sentido, mientras que en la actuación en legítima defensa no es necesaria la proporcionalidad, el uso de la fuerza por los funcionarios de seguridad debe encontrar su límite en las normas internacionales de derecho público interno e internacional. Esto Jakobs (1991:p. 397) lo explica sosteniendo que un funcionario policial no actúa espontáneamente al momento de recurrir a la fuerza, sino más bien que realiza una tarea que ha sido previamente ensayada.<sup>11</sup> El funcionario policial responde a una actuación reglada y a instrucciones precisas, lo cual se contrapone con el derecho a la legítima defensa cuya fundamentación está mayormente asociada a una reacción no premeditada ni ordenada. De allí que la legítima defensa del ciudadano común no requiere de la proporcionalidad pues ante el repentino ataque, el ciudadano no tiene la oportunidad de sopesar la proporcionalidad del medio en

---

<sup>11</sup> Jakobs, Starfretch, *Allgemeiner Teil. Die Grundlagen un die Zurechungs-lehere. Lehrbuch*, 2° ed., 1991, p. 397.

cuestión.

La doctrina y la jurisprudencia Argentina son receptivos a diferenciar los requisitos de la legítima defensa por parte de un civil y de un policía. Por ejemplo, Zaffaroni realiza una distinción entre la legítima defensa ejercida por un ciudadano o por un efectivo policial. Así es como remarca que la primera corresponde al ejercicio de un derecho y la segunda al deber de un policía de defender a terceros. En este sentido, el curso de acción que surge de ese deber debe interpretarse de manera estricta, considerando que se trata de un funcionario que se encuentra autorizado por la ley para portar armas de fuego. Así es como Zaffaroni indica que “dada su profesionalidad, se le exige una más ajustada valoración ex ante de la necesidad de la defensa, pues se supone que dispone de los conocimientos, entrenamiento y medios técnicos para hacer una aplicación más fina y precisa de la violencia: no se trata de un ámbito menor de intervención sino de una más estricta economía de la violencia”.<sup>12</sup> De esta manera se crea una especie de legítima defensa especial para los funcionarios de policía, con restricciones propias del actuar estatal, que no se imponen a los ciudadanos particulares.

### **2. 3. Art. 34 inc 4 del Código Penal: Cumplimiento de un Deber o en legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo.**

Algunos tribunales plantearon que la causal de justificación que en estos casos debería analizarse es la del inciso 4, en lugar del inciso 6, del art. 34 del Código Penal, que establece que no será punible “El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;”. Este deber, derecho o cargo está regulado y limitado por los Principios Básicos sobre Empleo de la Fuerza y Armas de Fuego de la ONU, conforme a la remisión que hace la normativa local, y todo exceso o infracción puede considerarse abusivo, configurando el tipo penal del art. 80 inciso 9 del Código Penal o (dependiendo de la intensidad del caso) recayendo en el Art. 35 del CP, que establece: el que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia”. Sobrepasando el actuar justificado, el artículo 35 del Código Penal establece el supuesto de exceso en el ejercicio de una causa de justificación, en donde el autor inicia su actividad amparado en un tipo permisivo pero la agota antijurídicamente, excediendo el ámbito de la causal justificante.

Sin embargo el art.34 inc.4 , es sumamente indefinido, su alcance es tan general que comprende a la propia legítima defensa cuando dice:“el legítimo ejercicio de su derecho”. Por otro lado el art. 9 de los “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” dispone que los funcionarios podrán utilizar las armas de fuego “en defensa propia o de otras personas”. Si bien aquí no hay una referencia expresa a la legítima defensa del Código Penal, debe tenerse en cuenta que el concepto de legítima defensa se

<sup>12</sup> Zaffaroni, Raúl Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; Manual de Derecho Pena: Parte General; Segunda Edición, Buenos Aires; Ediar; 2006. P. 616

denomina en inglés self defence (“defensa propia”), de manera que “defensa propia” y “legítima defensa” son sinónimos. El art. 28, inc. h) de la Ley de Seguridad Pública de la Ciudad de Buenos Aires, haciendo eco de esa norma, establece que los agentes de policía podrán “recurrir al uso de armas de fuego solamente en caso de legítima defensa, propia o de terceros”.

### 3. SOLUCIÓN DIFERENCIADA DEL DERECHO PÚBLICO Y PENAL

Según datos del CELS de 38 policías involucrados en hechos de uso de la fuerza letal ocurridos en la Ciudad de Buenos Aires, en los que resultaron muertas 33 personas durante 2014, 2015 y 2016, 27 fueron absueltos, sobreesidos o archivados, 7 se encuentran en trámite y sólo 4 fueron condenados.<sup>13</sup> Esto repercute en una sensación generalizada de impunidad y falta de respuesta a las víctimas. La pregunta que debemos hacernos es ¿Cómo reducir esos índices de impunidad, sin violar los principios del derecho penal liberal?

Béguelín sostiene que “Las “normas potestativas”, es decir, las normas de Derecho público que autorizan injerencias estatales en los derechos fundamentales de los ciudadanos, se rigen por el principio de reserva de ley, que exige como requisito de legitimidad que esas injerencias estén reglamentadas en detalle en una ley formal. Una ley de carácter general, o de redacción vaga, que autorice intervenciones del Estado en perjuicio de derechos fundamentales no es válida. Es por ello que, por ejemplo, las leyes de policía reglamentan de manera acabada la actuación de los funcionarios, pues en parte son fundamentos jurídicos que autorizan injerencias estatales. Las causas de justificación, a la inversa, son normas generales que establecen reglas básicas, a modo de principios, de manera que no podrían cumplir con el mandato de certeza de la reserva de ley.”<sup>14</sup>

Como hemos dicho el Estado ha suscrito tratados internacionales que introducen el principio de proporcionalidad como límite a la actuación de las fuerzas de seguridad y, asimismo, ha dictado leyes y decretos que los reglamentan. Para que una injerencia estatal en los derechos fundamentales de los ciudadanos sea legítima, debe estar reglamentada en una ley previa, dictada por el Poder Legislativo. La actuación de los ciudadanos, en cambio, se rige por la regla inversa: está permitido todo aquello que no esté expresamente prohibido por una ley. Esto es reconocido en el art. 19 de la Constitución: “... Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Esta máxima, que se denomina principio de reserva de ley, exige que la norma que autoriza la injerencia sea precisa y determinada. Cuanto más gravosa sea la intervención mayor detalle se exigirá en la confección de la norma potestativa. La causa de justificación de la legítima defensa como todo derecho tiene un alcance es muy amplio, por lo tanto, no podría valer como norma potestativa, pues no satisface las exigencias del principio de

<sup>13</sup> VVAA Muertes naturalizadas. Letalidad policial sin control y sin justicia. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales – CELS, 2018. P.40

<sup>14</sup> <sup>14</sup> Béguelín, Jose R. “¿Puede un funcionario de policía ejercer el derecho de legítima defensa del Código Penal?”, en Ziffer (ed.), Jurisprudencia de casación penal, vol. 5, 2012. P. 14

reserva.

Una solución que solo contemple el derecho público implicaría resolver la cuestión atendiendo únicamente a las normas del Derecho policial y negando la posibilidad de acudir a la legítima defensa del Derecho penal. Entonces el funcionario que actúa en exceso de los límites del Derecho público no puede ser justificado en ese ámbito, ni tampoco en el del Derecho penal, su conducta es antijurídica en ambos aspectos.

Por ende diferenciar la responsabilidad penal del agente como ciudadano de la responsabilidad como funcionario estatal y del Estado mismo. Como ciudadano puede ser amparado por los principios de la legítima defensa, siempre considerando su condición de miembro de las fuerzas de seguridad. Si un agente de policía actúa en exceso de los límites del Derecho público, pero dentro del marco de lo permitido por el derecho de legítima defensa, su conducta no será antijurídica, sin embargo esta valoración no se extiende a las consecuencias del Derecho público. Allí la acción es valorada como ilícita, pues se opone a los límites que han sido dispuestos para la actuación estatal. Esto implica tanto responsabilidad del Estado por la actuación de su órgano, como responsabilidad del funcionario en el Derecho disciplinario, por superar los límites que le imponen las reglas de su oficio. Es decir un funcionario policial podría no ser considerado autor de un homicidio pero responder aún por la violación del derecho disciplinario.

Esto tiene múltiples consecuencias, en primer lugar el Estado nacional se hace responsable de todas las muertes que provocan sus propios agentes, obligándolo a reparar a las víctimas y obligándose a impulsar políticas públicas que tiendan a reducirlas, pudiendo incurrir en responsabilidad en el plano internacional. En cuanto a la responsabilidad estatal la Corte Suprema de Justicia en su Fallo 317:1006 dijo: “si los agentes están obligados a actuar en cualquier momento a fin de prevenir la comisión de delitos y, en su consecuencia, a portar el arma, resulta lógico admitir que los perjuicios que de ello deriven sean soportados por la comunidad y no sólo por los damnificados”.

Por otro lado el agente, si bien no responde por su incumplimiento en el ámbito penal, si debe hacerlo en el derecho disciplinario. Esto repercute en el ámbito de la prevención, ya que un efectivo que haya participado en un hecho violento de un modo poco profesional debe ser eximido de sus tareas, y no podrá volver a portar un arma. Distinto a lo que ocurre en la actualidad donde efectivos que provocaron la muerte de personas, luego de su absolución o sobreseimiento, vuelven a prestar tareas con total normalidad.

Entre 2010 y 2015 la Auditoría General de Asuntos Internos de la Provincia de Buenos Aires inició 368 sumarios contra efectivos de la Policía Bonaerense por hechos en los que los funcionarios policiales utilizaron la fuerza y mataron. Para la Auditoría el 89% de los casos en que los funcionarios policiales utilizaron la fuerza con resultados letales no incurrieron en faltas o al menos no hubo pruebas. En las investigaciones internas por lesiones estas tendencias son aún más marcadas. Entre

2010 y 2015, se activaron 277 sumarios administrativos contra efectivos de la Policía Bonaerense por lesiones. De los 228 casos que tuvieron resolución, el 96 por ciento se archivó o Auditoría Interna se declaró incompetente. En seis años, sólo se sancionó a policías en ocho casos, y en seis de ellos fueron suspensiones temporarias. El principal error que cometen las oficinas de asuntos internos es supeditar su investigación al trabajo desarrollado por el poder judicial en la causa penal cuando deben ser autónomos, más aún según lo planteado en el punto anterior.

La solución diferenciada propuesta en el trabajo, debiera generar un impulso en los procesos administrativos, pudiendo el juez que interviene en la causa penal solicitar informes a las oficinas a cargo de los sumarios internos o habilitar la vía administrativa para los litigantes. De esta forma los procesos judiciales darían algún tipo de respuesta a familiares y víctimas de estos casos, evitando que funcionarios policiales partícipes de estos hechos continúen armados y obligando al Estado a tomar políticas activas para reducir los índices de letalidad policial.

En estos casos el Juez o Tribunal a cargo del juzgamiento podrá decidir conforme a la circunstancias si nos encontramos frente a un homicidio agravado (art. 80 inc 9) si no se dan las circunstancias de la legítima defensa (Art. 34 CP), es decir si no existió agresión ilegítima o el medio utilizado no fue racional, es decir fue groseramente desproporcionado). Si estamos frente a un exceso en la Legítima Defensa (Art. 35 CP), si el accionar comenzó siendo legítimo y luego dejó de serlo o la respuesta fue claramente desproporcionada pero no alcanza la del caso anterior. O aun cuando considere que la acción se encuentra dentro de la Legítima Defensa, puede pedir que sea inhabilitado para utilizar el arma de fuego y solicitar las sanciones disciplinarias correspondientes al reglamento de su fuerza por entender que como agente del Estado no actuó conforme al principio de proporcionalidad que exige el Derecho de Policía y Administrativo. De esta forma evita que agentes que participen en estos hechos sigan armados y obliga al Estado a dar una respuesta a familiares y víctimas por su ineficaz y desproporcionado accionar.

#### Bibliografía:

-Béguelin, Jose R. “¿Puede un funcionario de policía ejercer el derecho de legítima defensa del Código Penal?”, en Ziffer (ed.), Jurisprudencia de casación penal, vol. 5, 2012.

-Colmegna Pablo D y Nascimbene Juan (2016) ; La legítima defensa y el funcionario policial: ¿uso necesario o proporcional de la fuerza? ver en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/7/la-legitima-defensa-y-el-funcionario-policial-uso-necesario-o-proporcional-de-la-fuerza.pdf> (Consultado 18 de Diciembre de 2020)

-Henderson, Humberto, (2006) “La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina” ; <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r08060-7.pdf> (consultado 18/12/2020)

- Icardi, Gisela A. y Vitale, Gabriel M A (2013) “Codigo Penal Comentado, Homicidio Agravado por la condición especial del autor”, Asociación Pensamiento Penal ver <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37747.pdf> (consultado 18/12/2020)

-Mazuelos Bellido, A., “Soft Law: ¿mucho ruido y pocas nueces”, en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2004, N° VIII, p. 2.

-VVAA Muertes naturalizadas. Letalidad policial sin control y sin justicia. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales – CELS, 2018.

- VVAA La Inseguridad Policial, Violencia de las fuerzas de seguridad en la Argentina Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) Buenos Aires - Argentina Human Rights Watch (HRW) New York - Washington - Londres - Bruselas EUDEBA – 1998

-Zaffaroni, Raúl Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; Manual de Derecho Pena: Parte General; Segunda Edición, Buenos Aires; Ediar; 2006